

Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

I. GENERALIDADES

El derecho de superficie, regulado por vez primera con extensión en nuestro Derecho por los artículos 157 a 161 de la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, plantea problemas registrales de importancia. En efecto, si para la constitución de los demás derechos reales es siempre conveniente el crédito territorial, para la edificación, objeto necesario del derecho de superficie, según el artículo 159 de la Ley, es indispensable.

Aumenta la importancia que el crédito territorial presenta para el derecho de superficie la consideración que éste, en nuestro ordenamiento jurídico, es esencialmente temporal, no pudiendo exceder su duración de cincuenta años cuando es concedido por el Estado y demás personas públicas (art. 161, pf.º 1).

Difícilmente podrá, por tanto, el derecho de superficie cumplir sus fines urbanísticos si no se le asignan modalidades especiales de crédito territorial, en especial, de préstamos hipotecarios amortizables a largo plazo, que coincidiría con el de duración del derecho. Conseguidos dichos créditos, el superficiario podrá edificar rápidamente y obtener los consiguientes rendimientos del edificio que le permitirán abonar el canon superficiario, y amortizar el crédito hipotecario mediante el pago de las correspondientes anualidades.

Por otra parte, cuando el derecho de superficie se concede con el fin de la construcción de viviendas, entendemos perfectamente posible armonizar las figuras de la propiedad dividida por planos horizontales y del derecho de superficie. Cada uno de los titulares de un plano horizontal del edificio superficiario será, de una parte, comunero de una cuota del derecho de superficie indiviso, y propietario pro diviso de un plano horizontal del edificio. Cuando el derecho de superficie esté hipotecado, urge distribuir la hipoteca global que pesa sobre el derecho de superficie y, consiguientemente, sobre el edificio construido, en tantas partes como

cuotas del derecho de superficie existan, de suerte que el titular de cada plano horizontal de la propiedad superficiaria deba responder de una fracción del crédito y no de la totalidad del mismo, ya que esto último supondría la desaparición práctica de la propiedad superficiaria dividida por planos horizontales.

Seguidamente estudiaremos los principales problemas que, en orden al Registro de la Propiedad, plantea el citado derecho.

II. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

No ofrece dudas en nuestro Derecho su inscribibilidad. Con anterioridad a la ley 12 de mayo de 1956 y limitando nuestro estudio a la Ley Hipotecaria de 1946 (1) estaba plenamente reconocida por el artículo 2, párrafo 2.º de la misma, al establecer la inscribibilidad de los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres, y *otros cualesquiera reales* (entre los cuales había que contar el derecho de superficie, real, según la unanimidad de los autores); el artículo 107, 5, al declararlo hipotecable y el 7 del Reglamento Hipotecario al admitir la inscribibilidad de cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

En la actualidad, el artículo 158, 2 de la Ley de 12 de mayo de 1956 dispone que el derecho de superficie se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Demostrada la inscribibilidad del derecho, ¿de qué manera tendrá acceso en el Registro?

El problema está íntimamente relacionado con la naturaleza jurídica que se asigne al derecho de superficie. En efecto, la doctrina romanista configuró el derecho de superficie como un supuesto de dominio dividido, en que el dominio directo del edificio pertenece al concedente y el útil al superficiario (2). Dicha configuración jurídica del instituto pasó a nuestro Derecho, conforme se deduce de la doctrina de los autores, en especial Sánchez Román (3). El Código civil, por otra parte, lo consagra, al hablar en el artículo 1.611, párrafo 3, que en los foros, subforos

(1) El artículo 107, 5, de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, señalaba que «podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan... los derechos de superficie..., siempre que quede a salvo el derecho de los demás partícipes de la propiedad». Este último inciso, basado en la doctrina de la división de dominios, ha sido suprimido acertadamente de la ley actual.

(2) Sobre este punto, con mayor extensión, vid. nuestra monografía *El derecho de superficie*, «Anales Univ. Valencia, curso 1954-55, volumen XXVIII, pág. 60.

(3) *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., t. III, pág. 699.

y derechos de superficie el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial.

Admitiendo dicha configuración jurídica, cabría la inscripción de cualquiera de los dominios, que tendría fuerza inmatriculadora, abriéndose, por tanto, al mismo folio registral y practicándose en el mismo folio las inscripciones correspondientes al otro dominio y a los demás actos referentes al dominio directo y al útil. Así resulta claramente respecto del censo enfiteúutico en el artículo 377 del Reglamento Hipotecario, así también respecto del foro y demás derechos análogos, según la interpretación que los autores (4) dan a los artículos 73 a 77 del mismo.

No obstante, si dicha configuración jurídica resulta obligatoria para los derechos de superficie constituidos antes de la vigencia del Código civil, no lo es en modo alguno para los posteriores al mismo y, en especial, para los que se constituyan en el futuro al amparo de la ley del Suelo. En efecto, el artículo 157, 1 de la Ley señala que el dominio de las edificaciones construídas por el superficiario corresponderá a éste. En consecuencia, rechaza totalmente la doctrina del dominio dividido y sigue más bien la moderna que lo considera como un derecho mixto; derecho real del disfrute del suelo ajeno y derecho de propiedad de la superficie (5). Por ello, creemos inaplicable la doctrina del artículo 377 del Reglamento Hipotecario a la inscripción del derecho de superficie.

Parece, por tanto, que se constatará registralmente su existencia mediante una inscripción practicada en el folio registral abierto a la finca del concedente, esto es, al suelo (6).

No obstante, cabe oponer gravísimos reparos a dicha opinión. En efecto, mientras los restantes derechos reales otorgan una titularidad sobre algunas de las facultades inherentes al dominio, permaneciendo éste invariado en su esencia, el derecho de superficie tiene una naturaleza peculiar. Del lado del concedente, y en cuanto al solar, es indudablemente un gravamen, un derecho real limitado al *ius aedificandi*, que otorga la facultad de edificar y de mantener lo edificado en suelo ajeno. Pero una vez construído el edificio, éste, como antes vimos, pasa a ser propiedad del superficiario. Por consiguiente, el derecho de superficie se

(4) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1954, t. II, pág. 748; COSSIO: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 75.

(5) ASÍ DE BUEN: *Derecho civil común*, pág. 303; WOLFF: *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, 1936, págs. 2 y 3; MADRIDEJOS SARASOLA: *La ley española sobre Régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956* («B. O.» 14) desde el punto de vista del Derecho privado, «Revista de Derecho Español y Americano», noviembre-diciembre de 1957, pág. 39; vid. también nuestra obra, págs. 88 y ss.

(6) ASÍ MEZQUITA DEL CACHO: *El Derecho real de superficie en la ley de 12 de mayo de 1956*, «RDP», julio-agosto, 1957, págs. 757-8; PÉREZ Y ALGUER: «Notas a Wolff», *Derecho de cosas*, II, pág. 144; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, fascículo 1.º pág. 105.

descompone así: facultad de edificar y mantener en suelo de otro lo edificado —propiedad plena del edificio.

Ningún derecho real otorga a su titular la propiedad plena sobre una parte integrante de su objeto, como es el edificio. Salta a la vista que el derecho de superficie así entendido cobra tal sustantividad, que creemos debe ser configurado como finca independiente e inscrito en el Registro de la Propiedad bajo número propio (7).

Este es el criterio de las legislaciones germánicas. Así el Código Suizo de 1907 establece en su artículo 779: «El propietario puede establecer a favor de un tercero una servidumbre, confiéndole el derecho de tener o hacer construcciones sobre o bajo el suelo gravado. Si esta servidumbre tiene el carácter de un derecho distinto y permanente, puede ser inmatriculada como inmueble en el Registro fundiario».

Igualmente, la ley austríaca de 26 de abril de 1912 exige que el derecho de superficie se inscriba en el Registro, adquiriendo con tal inscripción carácter de derecho real. Si no se inscribiere como finca separada, no podrá ser enajenado, hipotecado o transmitido.

El Código alemán, en su parágrafo 1.017, declara aplicable al derecho de superficie los preceptos relativos a las fincas. Dicho precepto ha sido desarrollado por la Ordenanza de 15 de enero de 1919, que preceptúa que se ha de abrir siempre de oficio una hoja del Registro para los derechos de superficie que se constituyan en el futuro (8).

Existe una razón práctica aparte del argumento doctrinal aducido. De no configurarse este derecho como finca independiente e inscribirse en folio propio, se quebrantaría el principio hipotecario de especialidad. En efecto, si, como hemos apuntado, el de-

(7) En este sentido, J. GONZÁLEZ: *El derecho real de superficie*, páginas 102 y 103: «Precisamente por esta gran densidad jurídica del derecho de superficie, las leyes tienden a sustantivarlo y colocarlo en la categoría de finca hipotecaria. El *Erbbaurecht* se desenvuelve en dos esferas, vive en dos mundos: el mundo de las cargas inmobiliarias y el mundo de las fincas (KELM)... Frente al predio, el *Erbbaurecht* es gravamen, y en los demás debe ser tratado como finca hipotecaria independiente».

En nuestra obra ya citada, pág. 89, decíamos: «El derecho de superficie debe ser tratado, a efectos registrales, como una finca anormal, pero finca al fin. ¿Qué razón hay para que se inscriban en folio aparte el agua (art. 71, R. H.) o los pisos de una casa (art. 8.º, L. Hip.) y no el derecho de superficie, que tiende normalmente a la propiedad de lo edificado?»

Podemos añadir a esta enumeración que las concesiones administrativas, en cuanto se refieran a bienes inmuebles o derechos reales tienen acceso al Registro (art. 31, R. H.) y se inscribirán bajo un solo número, considerándose como una sola finca (art. 44, O. R. H.). Pues bien, la titularidad que sobre los bienes objeto de la concesión confiere ésta, es mucho menos enérgica y más mediatizada por la Administración que el derecho de superficie.

(8) Sobre dichos preceptos, vid. la exposición que hacemos en nuestra obra, págs. 70, 72 y 82.

recho de superficie se objetiviza, se convierte en objeto de derecho, del mismo modo que lo es una cosa corporal respecto del derecho de propiedad, y es susceptible de ser gravado con los mismos derechos reales que la propiedad (9), salta a la vista que inducirá a confusión el que en un mismo folio del Registro figuren el dominio del suelo, el derecho de superficie—que entraña la propiedad de lo edificado—y los gravámenes, en muchas ocasiones análogos, del suelo y de la superficie.

Además, como luego demostraremos con más detenimiento, entendemos que el derecho de superficie es susceptible de ser dividido por planos horizontales, que constituyen nuevas fincas, inscribibles bajo folio separado.

Si pretendemos que el derecho sea una realidad, es preciso que cada uno de dichos planos pueda ser hipotecado separadamente de los demás, igual que para la propiedad de planos horizontales previene el artículo 107, párrafo 11 de la Ley Hipotecaria. Y ello es imposible de no figurar en el Registro como finca independiente, tanto el derecho de superficie como cada uno de sus planos horizontales.

Ciertamente que nuestra legislación hipotecaria regula un número taxativo de fincas anormales. Pero el fenómeno de la sustantivación del derecho de superficie, que lo equipara en el tráfico jurídico a la finca urbana; la imperiosa necesidad de la división del derecho por planos horizontales; los argumentos análogos inducidos del estudio de los preceptos reglamentarios; la analogía con la división de la propiedad por planos horizontales, cada uno de los cuales puede ser configurado como finca *a se*; la absoluta necesidad de fomentar el crédito superficiario..., nos llevan a admitir que no sería ilegal la apertura de un folio dedicado exclusivamente al derecho de superficie, sin perjuicio de que en el correspondiente al suelo se hiciera constar el gravamen superficiario.

Aun el supuesto que juzgáramos insuficientes las razones expuestas, creemos absolutamente justificada la reforma de nuestra legislación hipotecaria en este punto. Propugnamos, por tanto, se agregue un párrafo 4 al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en que se consagre la inscribibilidad separada, tanto del derecho de superficie como de cada uno de los planos horizontales en que se divida.

III. OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN

Pero, ¿qué se inscribe realmente? ¿La propiedad superficiaria o el *ius aedificandi*?

Creemos planteado erróneamente el problema. Lo que se ins-

(9) Incluso por el censo enfiteútico, pese a la prohibición del artículo 1.654 del Código civil, las servidumbres prediales, pese a recaer sobre un predio por definición, art. 530 del Código civil.

cribe no es el edificio en sí, que forma parte integrante del derecho y, por tanto, es incapaz de una relación jurídica autónoma; ni siquiera el *ius aedificandi*, entendido como facultad abstracta de edificar, sino el derecho de superficie en sí, objetivado, como *res incorporalis*, del mismo modo que en el caso de las fincas ordinarias se inscribe la *res corporalis* que constituye la materialidad del terreno y las partes integrantes separables e inseparables.

Entender inscribible tan sólo la propiedad superficiaria, aparte de obedecer al error de identificar el derecho con la propiedad del edificio, separada del suelo (10), llevaría al absurdo de negar el carácter de derecho real y, consiguientemente, la inscribibilidad, del derecho de superficie con anterioridad a la construcción del edificio.

IV. CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCIÓN

En la primera inscripción del derecho deberá hacerse constar: el canon solarío que establezca el concedente, o la reversión gratuita de lo edificado al *dominus soli* al extinguirse el derecho o el precio de la concesión, según se hubiese estipulado; la determinación neta y precisa del derecho de edificar en suelo ajeno y de la adquisición de la propiedad de lo edificado por el superficiario; el plazo de duración del derecho; las modalidades que revistan, en su caso, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que previene el artículo 160 de la Ley de 14 de mayo de 1956; y las particularidades de la indemnización del valor de la construcción debida al superficiario al tiempo de extinguirse el derecho.

No obstante, determinadas circunstancias plantean problemas de importancia. En particular, el plazo y modo de la construcción (art. 159, 1, Ley), la obligación de conservar el edificio y la prohibición de deteriorarlo, de asegurarlo contra todo riesgo y demás pactos semejantes, en principio, siendo como son pactos o cláusulas puramente personales, no tienen acceso al Registro. Así lo establece inequívocamente el artículo 51, 6, último inciso del Reglamento Hipotecario.

Esto plantea un grave problema, pues siendo como es normalmente el concedente económicamente más poderoso que el superficiario, al no lograr por vía directa la garantía registral de estas obligaciones frente a ulteriores superficiarios, empleará un medio mucho más perjudicial para ellos: la configuración de la infracción de dichas obligaciones como condición resolutoria de derecho, perfectamente inscribible, a tenor de los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 51, 6, de su Reglamento. Pero esta cláusula contractual puede frustrar el crédito superficiario, ya que el acree-

(10) Incurrir en este error MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, pág. 755. En contra, J. GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 98 y 99.

dor hipotecario, en cada caso, quedaría a merced de la negligencia del superficiario.

Creemos, por ello, que convendría configurar dichas obligaciones puramente personales como titularidades *ob rem* que gravasen a los sucesivos adquirentes del derecho de superficie y, por tanto, fuesen inscribibles en el Registro. Consciente del problema que arriba apuntábamos, la Ordenanza alemana de 1919 permite que dichos pactos, que forman parte del contenido del derecho de superficie, tengan acceso al Registro.

Ciertamente que la solución que propugnamos parece inconciliable con nuestro sistema hipotecario, en el que los derechos personales no tienen acceso al Registro. No obstante, igual consideración cabe aducir en el Derecho alemán y, sin embargo, éste, repristinando la vieja doctrina del Derecho prusiano, a cuyo tenor los derechos personales recayentes sobre una cosa podían convertirse en reales mediante su inscripción, da acceso a pactos estrictamente personales en el Registro (11).

Por último, la prohibición de enajenar que el artículo 159, 3, de la Ley impone al superficiario sin consentimiento del propietario del suelo en tanto no hubiese edificado en la mitad por lo menos de lo convenido, creemos que no es preciso que conste en el Registro, ya que, al estar directamente establecida por la Ley, queda incluida en el párrafo 1 del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, y, por tanto, no necesita inscripción especial y separada, surtiendo sus efectos como limitación legal de dominio.

Para poder disponer libremente del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del dueño del suelo, será preciso que se haga constar en el Registro la construcción de la mitad de lo estipulado. Entendemos, siguiendo a Mezquita del Caño (12), que será medio para ello la declaración de obra nueva, con inserción o adjunción de la certificación facultativa del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal de haberse concluido la mitad de la obra, siendo inexcusable la citada certificación facultativa y no bastando, a estos efectos, la simple declaración del superficiario.

V. CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Cabe plantearse el problema de si la inscripción del derecho de superficie es obligatoria o simplemente voluntaria; igualmente, si en caso de ser voluntaria, es declarativa o, por el contrario, constitutiva del derecho real.

Respecto del primer punto, observaremos que la inscripción en nuestro ordenamiento jurídico es voluntaria de ordinario. No

(11) Sobre este punto, vid. a JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, t. I, pág. 303.

(12) *Ob. cit.*, pág. 757.

obsta a ello el que, naturalmente, existan preceptos excepcionales que impongan la inscripción como obligación ineludible (13).

Cabría aducir en pro de la obligatoriedad de la inscripción, que la Ley del Suelo, al implicar una radical reorganización de la propiedad urbanística afectada, impone se refleje de un modo coactivo su reglamentación en el Registro.

Pero, no obstante, podemos argumentar en contra de tal afirmación que la esencia del régimen urbanístico está constituida por limitaciones legales de la propiedad afectada, que según la doctrina y la legislación hipotecaria (en especial el art. 26, 1 de la Ley Hipotecaria) afectan a terceros sin necesidad de inscripción especial.

En el caso concreto del derecho de superficie, de ninguno de los preceptos que lo regulan surge la obligación legal de inscribirlo en el Registro. Ello, además, es consecuente con el carácter privado del citado derecho, conjunto de facultades atribuido al superficiario para tutelar sus intereses privados—propiedad y libre goce y disposición del edificio—sin perjuicio de los intereses correlativos del dueño del suelo, y dentro del marco del ordenamiento jurídico. Siendo un derecho privado del superficiario, es lógico que su inscripción sea voluntaria.

Dentro del ámbito de las inscripciones voluntarias, los autores distinguen a su vez las inscripciones declarativas y las constitutivas (14).

Por las primeras se publica una situación jurídica inmobiliaria que precisamente ha sido creada fuera del Registro. Mediante el título y la tradición se constituyen en nuestro ordenamiento los derechos reales, según se deduce de los artículos 609 y 1.095 del Código civil. La inscripción en estos casos, sin perjuicio de dotar de trascendentales garantías al derecho inscrito, no es requisito constitutivo del mismo. La inscripción no sólo no coadyuva al nacimiento del derecho, sino que presupone necesariamente ese nacimiento: un contrato no consumado por la tradición no es inscribible, ya que no constituye un derecho real, sino es simple fuente de obligaciones.

Por el contrario, la inscripción constitutiva supone que el derecho real precisa para su nacimiento, aparte de factores extraregistrales varios (acuerdo real abstracto o convenio causal, según

(13) Así el artículo 199 de la Ley de Régimen local, de 24 de junio de 1955, al preceptuar que los Municipios *deberán inscribir* en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales; el 55 de la Ley de Concentración Parcelaria de 10 de agosto de 1955, al señalar que las fincas y situaciones jurídicas resultantes de la nueva ordenación de la propiedad *serán inexcusablemente inscritas en el Registro...*; el 11, párrafos 1 y 3 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 que establece que todo monte, incluido en el Catálogo y deslindado o pendiente de deslinde, *se inscribirá obligatoriamente* a favor de la entidad propietaria.

(14) Sobre esta distinción, vid. Roca, *ob. cit.*, t. 1, págs. 167 y ss.

los sistemas) la intervención del Registro, el hecho de la efectiva inscripción. Antes de ésta existirá una simple obligación o a lo sumo una vocación al derecho real, pero nunca éste último. La inscripción es el coronamiento del contrato para la creación de la relación jurídico-real.

Precisa, por tanto, determinar si la inscripción es constitutiva o simplemente declarativa del derecho de superficie.

A favor de esta última solución podemos aducir la consideración de que la inscripción en nuestro sistema hipotecario es normalmente declarativa. Los derechos reales acuden al Registro ya formados, limitándose éste a publicarlos cuales son. Por tanto, la inscripción no tiene carácter constitutivo, sino simplemente declarativo.

Son excepciones a este principio, y en ellas la inscripción es requisito constitutivo, el derecho de hipoteca (arts. 1875 del Código civil y 145 y 159 de la Ley Hipotecaria), la anotación preventiva de embargo (art. 43, 2, de la Ley Hipotecaria), y modernamente, los patrimonios familiares (art. 4.º de la Ley de 15 de julio de 1952) (15).

Pero frente a estas consideraciones de tipo general, existe un precepto concreto en la Ley de 12 de mayo de 1956. Establece, en efecto, su artículo 158, 2, que «la concesión del derecho de superficie deberá ser formalizada en todo caso en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Con referencia al artículo 173, 2 del Proyecto de Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, inserto en el Boletín de las Cortes de 23 de mayo de 1955, de idéntica redacción que el precepto citado, reconocimos (16) que «el contrato superficiario es, pues, formal y su inscripción en el Registro, constitutiva, si bien la redacción legal es ambigua».

Mezquita del Cacho (17) entiende que la inscripción es constitutiva, si bien corrige el texto legal señalando que en realidad quiere decir requisito constitutivo de su existencia como derecho real, existiendo, entre tanto, sólo una mera relación obligacional.

También Madrideojos Sarasola, ob. cit., p. 39, parece seguir esta opinión.

Aceptamos íntegramente esta doctrina. Mientras no se inscriba la constitución en el Registro, no existirá el derecho de superficie como tal derecho real, no produciéndose la característica

(15) Respecto de los patrimonios familiares, en este sentido, LACRUZ BERDEJO: ob. cit., pág. 153; ROCA SASTRE: ob. cit., t. II, pág. 260, nota; GONZÁLEZ PÉREZ: *La constitución del patrimonio familiar*, R. C. D. I., octubre, 1953, pág. 712; SAPENA: *En torno a la ley de Patrimonio familiar*, R. D. P., septiembre 1953, pág. 710. Criterio éste confirmado por la regla 8.ª de la Orden de 27 de mayo de 1953, complementaria de la ley citada.

(16) Ob. cit., pág. 91.

(17) Ob. cit., pág. 757.

derogación del principio de la accesión respecto de la edificación que se construya en suelo ajeno. No obstante, el superficiario podrá, en relación con el concedente, edificar, en virtud de lo convenido, sin que el *dominus soli* pueda oponerse a esta intromisión en su fundo; y puede reclamar la inscripción en cualquier momento, en cuyo caso adquirirá la propiedad de lo edificado con efectos que se retrotraerán a la formalización del contrato. Pero dichas facultades no podrán perjudicar a terceros que adquieran del *dominus soli* amparándose en la fe pública registral, ni significan en modo alguno que el superficiario tenga las facultades que le atribuye el derecho real perfecto.

VI. LA INSCRIPCIÓN, ¿SUPLE LA TRADICIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE?

Ciertos autores (18) entienden que la inscripción en el Registro suple a la tradición en el proceso de constitución de los derechos reales, y concretamente en nuestro caso, para la del derecho de superficie.

Se fundan los autores, esencialmente, en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que señala que «una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». También en el artículo 1.473, 2 del Código civil que estatuye que si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores y fuere inmueble, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro». Ambos textos legislativos parecen prescindir totalmente de la tradición, conformándose con que la inscripción haya tenido lugar.

Pero otros autores, como Roca Sastre (19) y Sanz (20) entienden, por el contrario, que los citados textos presuponen que la inscripción que se realiza es de una adquisición ya operada en virtud del título y de la tradición. El artículo 1473 habla de que la propiedad se transfiere, no al comprador que primero inscribe, sino al adquirente que primero lo hace, y esta adquisición presupone título y tradición. Luego la inscripción no suple la tradición.

Pero es que, además, en el caso del derecho de superficie exis-

(18) LA RICA: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, R. C. D. I., 1950, pág. 642; HERMIDA: *El Derecho inmobiliario español*, R. C. D. I., 1951, pág. 726; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros*, R. C. D. I., 1949, pág. 298.

(19) *Ob. cit.*, t. I, pág. 168.

(20) *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, pág. 258.

te una razón que refuerza la necesidad de la tradición. El artículo 158, 2, establece que la concesión del derecho de superficie deberá ser formalizada, en todo caso, en escritura pública. Esta es, pues, requisito *ad solemnitatem* del contrato superficiario (21). Antes de su otorgamiento habrá tratos, negociaciones, precontratos, pero nunca una verdadera concesión del derecho de superficie: Siendo un contrato solemne, su formalización en documento privado o es irrelevante jurídicamente o—aplicando la doctrina de la conversión del negocio jurídico—es un precontrato de superficie.

Pues bien, siendo indispensable que el contrato superficiario conste en escritura pública (22), con arreglo al artículo 1462, 2, del Código civil, que establece que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario», claro es que la perfección del contrato superficiario lleva consigo la cuasi tradición instrumental de la posesión del derecho constituido.

A la misma conclusión nos llevaría la consideración de que siendo la inscripción constitutiva del derecho de superficie, y precisándose para que un título se inscriba en el Registro que éste conste en escritura pública, conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el otorgamiento de la escritura representa la cuasi tradición instrumental del derecho de superficie.

Por consiguiente, en la constitución de la relación superficialia coadyuvan dos factores. De un lado, la escritura pública que verifica la cuasi tradición del derecho y que por definición hace innecesarias cualesquiera formas de tradición real. En este sentido, el derecho de superficie no se diferencia de los demás derechos reales, que se constituyen mediante el título y la tradición (artículos 609 y 1025 del Cód. civil), sino en la irrelevancia de la tradición real para la constitución del derecho, y, desde el punto de vista del contrato superficiario, en la exigencia de una forma pública, *ad solemnitatem* para la perfección del mismo.

Por otra parte, la nueva regulación del instituto estatuye inequívocamente la inscripción como factor constitutivo del derecho. En este sentido, se aleja del sistema, clásico en nuestro Derecho inmobiliario, de la inscripción declarativa. La inscripción no suplente la tradición en la constitución del derecho de superficie, sino, por el contrario, se superpone a ella, constituyendo

(21) MEZQUITA DEL CACHO: *ob. cit.*, pág. 757, dice así: «... la perfección de la relación jurídico-real de la superficie, exige, ... un requisito formal o solemne».

(22) Creemos que en las concesiones superficiares establecidas en testamento, forma admitida por MEZQUITA, *ob. cit.*, pág. 757, cabe perfectamente la posibilidad de que éste sea ológrafo. No obstante, se precisará la protocolización del mismo e inscripción en el Registro para que el derecho de superficie nazca.

un factor más en la compleja génesis del derecho. Se asemeja, por tanto, al derecho real de hipoteca que precisa para su constitución el requisito de la inscripción en el Registro, pero—y esto es una diferencia de consideración—se distingue de él en que la hipoteca es un derecho formal y de garantía que no implica posesión del inmueble gravado, y, por tanto, cae fuera del ámbito de la teoría del título y el modo, mientras que el derecho de superficie, como derecho que implica posesión, precisa ambos requisitos para su constitución.

Salta, pues, a la vista, la originalidad del legislador en cuanto a la constitución del derecho de superficie, ya que sigue la doctrina clásica del título y el modo, si bien exigiendo la cuasi tradición instrumental de la posesión como *conditio sine qua non* de la existencia del derecho, y, además, exige la inscripción en el Registro como requisito constitutivo del derecho real, separándose del sistema comúnmente seguido por nuestro legislador in mobiliario.

Las razones que han movido al legislador a adoptar tales principios creemos residen en la alta finalidad social del derecho de superficie, instrumento legislativo para la resolución de los problemas urbanísticos y de la vivienda, que exige, de un lado, una disciplina de las formas de su constitución, excluyendo por definición el documento privado, y de otro, el fiel reflejo de la relación superficiaria en el Registro de la Propiedad. Sólo mediante la adopción de tales presupuestos se puede conseguir que el derecho de superficie sea un ágil instrumento de la política urbanística general, y de la política de la vivienda en nuestras grandes ciudades.

Lo dicho no significa que el principio de la inscripción constitutiva se haya adoptado en todo su rigor para las restantes modificaciones jurídico-inmobiliarias del derecho de superficie. El reconocimiento, modificación, cesión, y extinción del derecho deberían, para la perfecta sincronización del derecho de superficie en la realidad jurídica y en el Registro, constar necesariamente en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, ningún precepto de la Ley establece el principio de la inscripción constitutiva, fuera del supuesto previsto en el artículo 158, 2. Por tanto, dichas modificaciones no precisarán constar en el Registro para su existencia como tales.

Creemos que el criterio del legislador es inconsecuente. La trascendencia que cualquier mutación jurídico-inmobiliaria del derecho de superficie entraña, exige su constancia en el Registro de la Propiedad. De lo contrario, los fines que el legislador persigue al exigir forma pública e inscripción en el Registro de la Propiedad para la constitución del derecho quedarán frustrados al admitirse que existan actos de trascendencia real sobre el derecho de superficie no consignados en el Registro.

VII. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DIVIDIDO POR PLANOS HORIZONTALES

Entendemos que el superficiario, una vez construido el edificio, y aun estando éste pendiente de terminación, puede dividirlo, a los efectos jurídicos, en varios planos o pisos, para enajenarlos separadamente. También los comuneros del derecho de superficie, en el mismo caso, pueden modificar la comunidad superficiaria entre ellos existente, adjudicándose la propiedad de planos separados del edificio, si bien subsistirá la comunidad, no sólo en los elementos comunes a que hace referencia el artículo 356, 1, del Código civil, sino en el *ius aedificandi* o facultad de tener en suelo ajeno un edificio propio.

La posibilidad de tal división por planos horizontales del derecho estriba en un doble razonamiento: teórico y práctico. Teóricamente, el derecho de superficie, comporta la propiedad de lo edificado (art. 157, 1, de la Ley), y la propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa (art. 348 del Código civil). Por tanto, no hay obstáculo para que el propietario divida para el futuro el derecho de superficie por planos horizontales o que los comuneros modifiquen la comunidad superficiaria—que entraña una pluralidad de cuotas proindiviso del derecho—atribuyéndose la propiedad separada de los planos del edificio.

Prácticamente, la figura del derecho de superficie, dada su sustantividad, pretende asimilarse en todo a la propiedad ordinaria de los edificios. Sólo que subsiste el fenómeno superficiario, la dualidad de propietarios del suelo y del edificio. Pero esta trascendental diferencia no llega a borrar el hecho de que la *ratio* característica de la propiedad de planos horizontales—facilitar el acceso a la propiedad de los titulares de los pisos, necesaria, dado el elevadísimo coste del edificio en su conjunto—se da también en la propiedad superficiaria. De otro modo, el derecho de superficie tendría una finalidad urbanística, sería un mero instrumento urbanizador, pero no resolvería el problema de la vivienda (23).

(23) Desgraciadamente, el legislador español regula el derecho en una ley urbanística—la de 12 de mayo de 1956—y no hace ni la más leve alusión al mismo en la legislación de viviendas de renta limitada (Ley de 15 de julio de 1954 y Reglamento de 24 de junio de 1955). Esta omisión puede hacer prácticamente inoperante el derecho de superficie en nuestra Patria. Creemos que deberían armonizarse ambas disposiciones legales, estableciéndose, que pudiera solicitar los beneficios de dichas disposiciones sociales el que sólo pudiese acreditar el carácter de superficiario, no de propietario, del suelo preciso para la edificación protegida; facultando al promotor de la construcción de viviendas para optar por la expropiación de la propiedad del terreno o del derecho de superficie del mismo; y, por último, estableciendo que el uso de las viviendas pudiera ser cedido, no sólo a título de arrendamiento y por venta, sino también en concepto de derecho de superficie.

Creemos, por tanto, posible la división del derecho de superficie por planos horizontales, a la manera que se admite la división de la propiedad urbana normal.

No obstante, entre la propiedad por planos horizontales ordinaria y la que estudiamos existen innegables diferencias. Mientras, conforme al artículo 396 del Código civil, la propiedad por planos horizontales supone la atribución a cada propietario de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso, y de un derecho conjunto de copropiedad, forzoso e indivisible sobre los otros elementos del edificio necesarios para su uso, entre ellos el suelo, no es posible separar la propiedad de un plano horizontal del derecho de superficie en sí, pues, por esencia, la propiedad superficiaria es un anejo, una parte integrante inseparable del derecho de superficie.

Si se admitiera la separación absoluta de un plano de la propiedad superficiaria, ello supondría un gravamen para los propietarios de planos inferiores, que se verían obligados a soportar el plano superior. Ello sólo podría llevarse a cabo de dos formas:

a) Entendiendo, pura y simplemente, separado el plano de los inferiores, o sea, creando una propiedad separada del piso, independiente del dominio del suelo y del derecho del superficiario, a la manera de la propiedad *pro diviso* que reconocen algunas sentencias del Tribunal Supremo.

Pero esta tesis es inadmisibile, conforme entiende J. González (24): «La existencia de un dominio pleno sobre la construcción, separado e independiente del dominio del suelo, es un imposible jurídico cuando la incorporación es íntima... Para salvar la dificultad, sin admitir la posibilidad de distintas propiedades sobre las partes esenciales de una casa, cabe sostener que la casa es propiedad absoluta del superficiario y que éste la disfruta, con la ayuda de un derecho de goce, limitativo del dominio del suelo».

b) También cabe considerar que el titular de cada piso tiene la cualidad de propietario del mismo superficiario de primer grado, respecto del plano inmediatamente inferior, ya que puede apoyar su plano en él, limitando y gravando su derecho, superficiario de segundo grado, en cuanto al siguiente hacia abajo, y así sucesivamente.

La complejidad jurídica de tales subderechos sería grande y daría lugar a que los titulares de los planos inferiores pudieran exigir un canon solarío de los de los planos superiores, incluso por medio de una acción directa, ya que cualquiera de los dueños de un plano de la propiedad superficiaria estaría obligado directamente, no sólo con el dueño del inmediatamente inferior, sino con los dueños de todos los inferiores.

La solución expuesta, aparte de ser tachada de confusa e in-

(24) *El derecho...*, pág. 98.

elegante, está en contradicción con el espíritu del artículo 1.654 del Código civil, que prohíbe la constitución de subenfiteusis. En materia de derechos reales, la autonomía de la voluntad contractual no juega, y existe, por el contrario, una tendencia irresistible al *numerus clausus*».

Descartadas estas dos posibles soluciones, sólo cabe una tercera, que sustentamos: estimar dividido el derecho de superficie por cuotas intelectuales, constituir una comunidad especial en cuanto al *ius aedificandi* y atribuir a cada comunero la propiedad de un piso o parte de piso equivalente a su cuota. En definitiva, esta construcción no es más que una adaptación de la doctrina del artículo 396 del Código civil al caso presente.

La división del derecho de superficie por plazos horizontales daría lugar al siguiente régimen jurídico:

a) Primordialmente, la constitución de una comunidad especial sobre el *ius aedificandi*. Comunidad ésta forzosa e indivisible, ya que cada una de sus cuotas es el sustentáculo jurídico de la propiedad del plano horizontal correspondiente, sin la que no cabría la propiedad superficiaria dividida por planos.

Cabría, eso sí, enajenar la cuota o renunciar a ella y, por tanto, enajenar o renunciar a la propiedad del piso correspondiente, pero constituida dicha comunidad superficiaria, no cabe ulterior división de la misma.

b) Como consecuencia de la división por cuotas, la única posible del derecho de superficie, se atribuye a cada comunero un derecho exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él. Derecho de propiedad que es anejo, parte integrante inseparable de su cuota, que sigue rigurosamente su régimen jurídico. Es imposible, en buena técnica jurídica, configurar un derecho sobre el piso con separación del que recae sobre la cuota.

Los derechos se imponen sobre el derecho de superficie considerado como un todo, esto es, comprendida la cuota intelectual en el *ius aedificandi* y la propiedad del plano que le corresponde.

Sin la cuota en el *ius aedificandi*, regiría el principio de accesión, y el piso correspondería al dueño del suelo.

c) Por último, y como consecuencia de las relaciones estructurales, materiales entre los diversos planos de la propiedad superficiaria horizontal, cada uno de los comuneros tiene una cuota de copropiedad en los elementos comunes del edificio necesarios para su disfrute.

También este derecho es parte integrante inseparable de la cuota del derecho de superficie y sigue su régimen jurídico.

Los citados elementos comunes serán los señalados en el artículo 396 del Código civil, con las necesarias adaptaciones. Así, el suelo pertenece, por definición, al concedente; de otro modo, no existiría el derecho de superficie.

Una facultad que tácitamente vendrá atribuida a los superfi-

ciarios, aunque no se hubiese concedido expresamente, es el derecho de acceso de los comuneros a su piso a través del terreno en que se enclava el edificio. Así se deduce, analógicamente, del artículo 542 del Código civil.

Estudiada la configuración jurídica del derecho de superficie dividido por planos horizontales, pasamos a su constatación hipotecaria.

Entendemos que cada una de las cuotas en que se divide el derecho de superficie puede ser inscrito separadamente en el Registro de la Propiedad como finca independiente, guardando el caso cierta analogía con la posibilidad de inscribir los pisos o partes de pisos de un edificio que pertenezcan a diversos dueños, conforme al artículo 8, 3 de la Ley Hipotecaria.

Las razones que abonan nuestra opinión son muy similares a las expuestas para defender la inscribibilidad del derecho de superficie como finca independiente. Siendo cada cuota del derecho de superficie enajenable y gravable separadamente, y pudiendo tener la propiedad superficiaria numerosos pisos y, por tanto, gran cantidad de cuotas, se crearía una gran confusión registral si se mantuviera unida en un solo folio la historia jurídica de todas las cuotas. Por lo tanto, sin perjuicio de que la división del derecho se haga constar en el folio abierto al mismo, se abrirán tantos folios independientes cuantas sean las cuotas en que se divida el derecho, haciéndose la oportuna referencia en ambos folios de la relación que entre ellos media (25).

Pero existe, además, otra razón arriba apuntada. Si queremos que el derecho de superficie sea verdaderamente efectivo y favorezca la resolución del problema de la vivienda, hemos de procurarle acceso al crédito territorial. Al dividirlo por planos

(25) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, t. II, págs. 71 y 72, nota, dice así: «En todas las situaciones inscritas de comunidad por cuotas se puede producir la congestión de asientos en la hoja registral, debido a la sucesiva acumulación de inscripciones que las particulares vicisitudes jurídicas de cada cuota, pues, en rigor, como cada una de las participaciones es objeto de transmisión, gravamen, etc., como si fuera una finca separada, resulta que el número de asientos aumenta con rapidez. Pero esto dependerá del tiempo que dure la comunidad. Cuando ésta sea efímera, no hay problema; pero cuando por la naturaleza propia del objeto sobre que recae pueda durar largo tiempo, entonces el folio registral queda tan recargado de asientos, y son tan frecuentes los pases a diferente tomo, que la averiguación del verdadero estado registral resulta complicadísima, pues los asientos son numerosos y mezclados entre sí. Por esto, tratándose de comunidades de aguas, de montes, etc., con muchos condueños y destinados a subsistir indefinidamente [la comunidad superficiaria que examinamos tiene estos caracteres], es imprescindible arbitrar la fórmula que examinamos, o sea, la de que la cosa común, en sí [el derecho de superficie, como complejo formado por la facultad de edificar y mantener lo edificado en suelo ajeno, y la propiedad de lo edificado] figure en una hoja principal o matriz y las diferentes cuotas o participaciones indivisar, en hojas separadas filiales, dándoles en cierto modo el tratamiento de fincas independientes.»

horizontales, lógicamente facilitaremos el acceso a la propiedad de multitud de pequeños propietarios. Pues bien, sería imposible hipotecar cada cuota del derecho de superficie, y, por tanto, el piso anejo, si previamente no la inscribimos bajo folio independiente, conforme se deduce del artículo 107, II de la Ley Hipotecaria, que entendemos aplicable al caso presente.

Aun cuando en abstracto podría hablarse de la hipotecabilidad de cada una de las cuotas por separado y sin necesidad de apertura de folio especial, a tenor del artículo 399 del Código civil, creemos que dicho precepto sólo contempla las comunidades transitorias, pendientes de liquidación, y no a la comunidad superficiaria resultante de la división por planos horizontales del derecho de superficie.

De seguir la doctrina que propugnamos, no nos apartaríamos de ciertos precedentes existentes en nuestra legislación, en que se admite en los artículos 73 a 77 del Reglamento Hipotecario la inscripción, bajo folio separado, de las diversas participaciones del dominio directo del foro (26). Estas consideraciones se refuerzan por la remisión que el artículo 157, 3 de la Ley hace, en defecto de reglas especiales sobre el derecho de superficie, a las normas del Derecho privado. Como los artículos 1.611, 3 y 1.655 del Código civil engloban el derecho de superficie con las figuras de los foros, subforos y demás gravámenes análogos, creemos que, sin violentar los textos legales, es admisible la solución que propugnamos.

La primera inscripción de cada cuota del derecho de superficie hará constar necesariamente las circunstancias siguientes: valor de su cuota privativa en relación con el de la totalidad del derecho de superficie; piso o parte de él que le corresponde en propiedad como parte integrante de su cuota, participación en los elementos comunes del edificio y, por último, los pactos lícitos de trascendencia real que modifiquen el contenido normal de derechos que a cada superficiario corresponde.

(26) Cossío: *Ob. cit.*, pág. 75, señala, respecto a la inscripción del foro, «se inscribirá la constitución del foro como finca fundamental en hoja registral propia, pero pudiéndose abrir otras hojas separadas, si bien relacionadas, para cada una de las diferentes parcelas del dominio útil o de las distintas participaciones del dominio directo».

